DALLOZ.fr

CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

LE CHEMIN TROUBLE DU CONSENTEMENT. DU CONSENTEMENT FORMEL AU CONSENTEMENT EXISTENTIEL

Jean-Philippe Pierron

Dalloz | « Les Cahiers de la Justice »

2021/4 N° 4 | pages 563 à 572

ISSN 1958-3702
ISBN 9782996221041
DOI 10.3917/cdlj.2104.0563

Article disponible en ligne à l'adresse :

https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2021-4-page-563.htm

Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.
© Dalloz. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

Le chemin trouble du consentement. Du consentement formel à un consentement existentiel

par Jean-Philippe Pierron

Jean-Philippe Pierron, Philosophe, Université de Bourgogne, Dijon.

Consentir, du latin (*consentio*) : être de même sentiment ; faire cause commune, ne porte pas encore la dimension d'autorisation, qui constitue le noyau juridique et contractuel du consentement, pas plus qu'il ne fait référence à un acte moral ou à une décision libre par lesquels on s'engage absolument à accepter ou à accomplir quelque chose. Si la dimension contractuelle du consentement n'épuise pas ce qui le devance en amont ou lui succède en aval, dans l'histoire des acteurs s'ouvre alors un vaste champ à investiguer. Il est des accords irréfléchis ou tacites ou des adhésions longuement délibérées et explicites. Au consentement comme forme contractuelle ne convient-il pas d'adjoindre une compréhension du consentement comme un travail des subjectivités dans le temps ? Cet article prend les exemples du consentement dans le cadre du numérique, du consentement éclairé en médecine et du consentement en matière de mœurs pour explorer ces dimensions.

The troubled path towards consent. From formal consent to existential consent

Consent, from the Latin consentire: to have the same feeling, join together in a common cause, does not yet include the dimension of permission, which is the core legal and contractual component of consent; nor does it refer to a moral act or a freely made decision signalling an absolute undertaking to accept or accomplish something. While the contractual dimension of consent does not exhaustively encompass everything that precedes it or comes after it, there is a vast field of issues to investigate in the history of the actors in consent, ranging from unthinking or tacit agreement to long-considered and explicit acceptance. To consent as a contractual form, should we not add an understanding of consent as a consideration of subjectivities over time? This article uses examples of consent in different fields – digital practices, informed consent in medicine, and sexual consent – to explore these dimensions.

Pourquoi dire oui ? Consentir, n'est-ce pas capituler, désarmer ? (…)
Consentir n'est pas capituler si malgré les apparences
le monde est le théâtre possible de la liberté.

Paul Ricœur, Le volontaire et l'involontaire, Aubier, 1949, p. 439.

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

Pourquoi dire oui ? Dire oui est un performatif : une fois que j'ai dit « oui », je ne peux pas faire comme si cela n'avait pas été dit. Avec le oui quelque chose est advenu qui change un peu le cours des choses : cela ouvre des possibles et cela en ferme d'autres. C'est aussi, un des mots sans doute les plus usuels de la vie quotidienne. Pour un oui, pour un non, nous passons notre vie à dire oui ou à dire non. Mais qu'y a-t-il dans un oui ? Dire oui, à quoi cela engage-t-il pour celui ou celle qui prend place dans sa parole, devant et avec l'autre ? Forme profonde de l'acquiescement, le oui traverse toute l'épaisseur de ce qui fait d'une vie une vie dans ses relations aux situations, adhérant à ces situations. Pulsions reconnues, corps accepté, tempérament identifié, milieu de vie non choisi mais auquel on adhère ou on consent (on travaille à consentir à sa famille…) font la chair d'un oui. Cet acquiescement qui engage le travail d'une compréhension située de soi, le consentement en est l'expression verbalisée, voire formalisée, mais il n'en est que la partie audible.

« Le sentir du consentir excède son explicitation verbalisée avec l'autre, les autres. »

Le latin (*consentio*) qui signifie « être de même sentiment », « décider en commun » ; mais aussi « faire cause commune », voire « conspirer » manifeste cette forme d'adhésion préconceptuelle qui ne tient pas encore la dimension d'autorisation qui constitue le noyau juridique du consentement dans sa perspective contractuelle. Le sentir du consentir excède son explicitation verbalisée avec l'autre, les autres. Mais il n'est pas, pour cette raison, sans équivoque. L'accord tacite ne recoupe pas entièrement le consentement explicite. C'est pourquoi, il peut y avoir violence à négliger les formes de consentements non verbales qui peuvent manifester une adhésion (on pense aux situations de tutelles ou curatelles), tout comme il peut y en avoir une autre à affirmer « qui ne dit rien consent » (on pense à la pédocriminalité et aux abus sexuels).

La banalité du oui révèle la dimension transactionnelle et relationnelle de nos existences. En amont de la figure solaire et tragique du consentement extorqué ou enjambé en matière de mœurs ou de médecine, – deux figures où c'est l'intimité charnelle du corps, dans sa dimension de sexe et de mort qui est visée –, il est des figures plus ordinaires du consentement. Si on en doute, les transactions aujourd'hui pour une bonne part médiatisées par le dispositif numérique, donnent de prendre la mesure du caractère relationnel de notre être. Tout ce/ceux à quoi ou à qui nous avons consenti rend(ent) visible le maillage serré de notre vie faite du tressage (*web*) de tous nos consentements avec les autres et notre milieu.

Phénoménologie du consentir : le travail du consentement

Le verbe « consentir » fait entendre une dimension processuelle et continue – le travail du consentement – que le cadre juridique et contractuel qui domine l'analyse du

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

consentement tend à fixer, sinon à figer, dans l'instant discontinu et ponctuel d'un acte sans histoire. La dynamique corporelle du consentir n'est pas un calendrier contractuel. Or c'est bien cette dimension temporelle, ce que l'on engage de la compréhension de soi dans ses relations aux autres, dans le temps long d'une histoire, qui s'engage là, à chaque fois que nous disons oui ou que nous refusons. Une analyse de sémantique logique du consentement peut contribuer à le désincarcérer de sa compréhension contractualiste. Elle retrouve la dimension dynamique d'un travail de la volonté, d'adhésion non seulement intellectuelle mais affective et imaginative, à ce qu'engage une situation et ce qu'elle fait advenir.

La dynamique de la volonté engagée dans le consentir déploie ainsi une gamme subtile de consentements, dont la conception (exaltée ?) du consentement éclairé n'est qu'un moment.

D'un côté, à un niveau infraverbal, expérience du tacite, se donne un accord immédiat, sans réflexion. Il est d'ordre corporel, engagé dans la situation avec laquelle il adhère. Le consentement ce serait alors du corps (*Leib*). C'est en ce sens la possibilité de faire corps avec le corps du monde dans une manière d'épreuve sentie dans une fluidité partagée, de sorte que consentir à cet endroit, c'est adhérer à ce monde dont je participe et qui est mon monde. Cette dimension corporelle du consentement (que le soignant devra traquer dans une clinique des gestes lorsque le patient ne peut plus parler ; que l'expert devra identifier dans les consentements tacites ou des refus lors des échanges sexuels : le sens de la prostration comme manière de manifester son refus en matière de viol par exemple), s'explicite dans ces formes de pactes précontractuels qui scellaient de façon coutumière, les accords. Un hochement de tête, un geste, un « top là » s'engage dans une situation, l'ouvrant à des possibles, leur donnant la possibilité d'être par un *acquiescement* qui fluidifie les relations mais aussi leur donne un avenir. Sans doute est-ce là le lien possible du consentement avec la promesse : non pas clôture mais ouverture du temps sur du prometteur. *A contrario*, ce sera le refus.

Cette dimension corporelle ne peut suffire, parce que la situation me requiert et attend mon oui. Il faudra que je puisse dire le oui ; que je le verbalise, pour ne pas encourir le risque de l'aliénation dans l'évidence orphique d'une fusion dans le grand tout de la vie où je me perds (et on sait combien l'orphisme en matières sexuelles a nourri de confusions et justifié des relations de domination et d'abus).

D'un autre côté, verbalisé, oralisé, le consentement revêt une dimension langagière et logicienne : celle d'un accord pleinement réfléchi qui reconnaît une réalité, voire la certifie. Il fait du consentement, non pas l'approfondissement du sens de nos attachements, mais l'objet d'une représentation et d'une décision de vivre un détachement par la pesée de ce qui s'engage. L'engagement, ici, est logicien en ce qu'il se laisse convaincre par des raisons, revêtant alors la forme d'une *admission*, d'une manière

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

d'admettre sous l'effet d'une argumentation ou d'une pesée de raisons. Là l'enjeu est tout intellectuel, et c'est souvent cette dimension très formelle qu'identifie le consentement éclairé, juridiquement compris par le droit positif, le formulant en termes de raisons, d'arguments.

Mais cette dialectique de l'acquiescement et de l'admission ne peut masquer le travail du consentement, ce que Paul Ricœur appelle le « chemin du consentement » [1], comme un processus qui dialectise l'intime et le public, le comprendre et l'expliquer. On peut donner au consentement une forme beaucoup plus impliquante et exigeante, celle qui implique un engagement et un type d'obligation morale. Il s'agit alors d'une *adhésion*, et pas seulement d'une admission. Le consentement mobilise ici le travail du comprendre, ce que garde en réserve le verbe « consentir ».

« Cette dialectique de l'acquiescement et de l'admission ne peut masquer le travail du consentement, ce que Paul Ricœur appelle le "chemin du consentement", comme un processus qui dialectise l'intime et le public, le comprendre et l'expliquer. »

Il y a là le risque d'un malentendu car on pense souvent la liberté comme puissance de décision, non comme activité de consentir, laquelle est tirée du côté du renoncement, de la soumission, voire de la résignation. Or, ni se résigner, ni se soumettre ou capituler appelle une « active adoption de la nécessité », dit Ricœur.

S'ouvre là une dernière et supplémentaire façon de concevoir et de déployer le consentement. Mobilisant notre capacité d'initiative, il nous engage dans des pactes éthiques et des contrats juridiques plus formels encore. Le consentement suppose cette dimension d'obligation morale en laquelle on se reconnaît et accepte d'installer son régime d'existence et de choix. Il y a de la grandeur à consentir parce que s'y exerce un haut usage de la liberté humaine et de la compréhension que l'on a de sa vie. Le consentement explicite un sujet auteur de ses choix, acteur de ce qui lui paraît désirable. On comprend d'autant plus ce que peut signifier en termes d'humiliation et de manipulation un consentement extorqué, ou bien ce que pourrait être une « société du mépris » dirait Honneth lorsqu'elle organise et parfois institue des manières de vivre pathologiques qui se dispensent du consentement de certains de ses membres. *« Je décris comme des pathologies sociales les déficiences sociales au sein d'une société qui ne découlent pas d'une violation des principes de justice communément acceptés mais des atteintes aux conditions sociales de l'autoréalisation individuelle »*[2]. Ainsi, ce qui se lève, quant à la demande de reconnaissance du droit au consentement des femmes, des enfants, des minorités raciales ou invisibilisées tient à la mise au jour qu'une société se reconnaît aussi à la manière qu'elle a de scénariser, de soutenir ou d'empêcher le consentement des

1. P. Ricœur, *Le volontaire et l'involontaire*, Aubier, 1948.
2. A. Honneth, *La société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, La découverte, 2006, p. 35.

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

membres ou de certains des membres qui la composent. Ces questions ne sont pas que de justice, même si elles le sont aussi, et doivent l'être. Elles sont d'ordre éthique et social. C'est cet aspect, en tant qu'il est la reconnaissance d'une capacité d'être sujet de son histoire, qu'explicite et formalise le consentement dans sa signification juridique, et dont il se fait la chambre d'enregistrement. On approuve ou on s'engage, signature à l'appui ; ou on empêche et (se) refuse.

Du public à l'intime, trois lieux du consentement : le droit du numérique, le droit médical et le droit privé

Notre milieu de vie est un milieu tressé de tous nos acquiescements et tous nos consentements, mais aussi de nos renoncements. Il questionne le caractère sécurisé et sécurisant de notre monde pour qu'il soit un milieu soutenant l'auto-normativité dirait Canguilhem, c'est-à-dire permettant à un sujet, par l'exercice de ses consentements, à travailler à expliciter qui il veut et cherche à être. *« Par clinique du milieu, on entend une clinique pour laquelle le milieu n'est ni un environnement déterminant ni un cadre social, facilitant ou non, mais un outil opératoire du soin sous la forme d'un espace sensible, senti, intime, un support incarné, permettant au « fou »* (nous rajouterons à tout humain), *adulte ou enfant, de développer la création personnelle qu'est « son monde »* [3]. À cet endroit, les usages sociaux du droit pourraient envisager la question du consentement non seulement du côté contractuel et normatif qui cherche à obtenir le consentement mais comme une clinique du milieu, prenant soin des conditions par lesquelles un sujet s'éveille à sa capacité à consentir et apprend à en prendre la mesure.

Le droit est aussi, pour une existence en relation, ce qui travaille aux conditions s'assurant de la possibilité de déploiements et d'incarnations de ses oui. Une clinique du consentement s'intéresserait alors aux conditions par lesquelles un milieu de vie soutient la capacité à consentir ou au contraire la tronque, substituant parfois à l'adhésion du sujet qu'il suscite, des formalisations ou des recommandations qui, mine de rien, lissent le caractère abrasif de ce milieu pour en faire un monde où le consentement s'étiole, n'étant plus qu'une formalité. Le numérique est l'occasion de mettre une loupe grossissante sur ce point.

3. C. Perret, *Le tacite. L'humain. Anthropologie politique de Fernand Deligny*, Seuil, 2021, p. 158-159. Ce propos, s'il concerne les expérimentations de Tosquelles à l'hôpital psychiatrique de Saint-Alban et celles de Deligny à Armentières, redit combien les secteurs du médico-social et de la psychiatrie ont très vite pris la mesure de ce que peut être la portance des lieux (via les textures des matériaux, la présence des arbres, la confrontation à la résistance des matières), alors que la domination du modèle biomédical et somatique tend à l'estomper voire l'invisibiliser. Le biomédical envisage le milieu hospitalier dans une approche mécaniste et déterministe, importée de la physique dans la biologie. Elle sature l'espace de théories objectivantes, qui, dans le cahier des charges, imposent aux architectes leurs normes. La clinique du milieu invite à envisager l'espace en étant attentif au fait que l'humain malade continue d'être l'organisateur de son milieu de vie. Dans la maladie demeure encore une possibilité de création de formes de vie.

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

La récente recommandation de la CNIL du 1er avril 2021, exigeant, à propos de la présence de cookies tiers visant à recueillir des informations sur le comportement des internautes (*Les Consent managament Plateform*), le recueil d'un « consentement éclairé, libre, univoque et spécifique » pourrait être comprise en ce sens. Le silence de l'internaute vaut non plus acceptation mais refus et la poursuite de la navigation ne signifie pas consentement. Au-delà de la classique demande contractuelle, l'enjeu est plus fort. Il concerne la « tyrannie des modes de vie [4] » dirait Mark Hunyadi qu'impose le numérique et dont le travail du consentement est l'enjeu. Notamment en ce qui concerne les cookies. Le milieu numérique, nourrit par une esthétique du lisse, contourne le caractère abrasif des relations humaines pour les fluidifier, enlever l'effort de la concertation, encourageant une lassitude du consentement, et lui substituer sa douce (le mot de cookie y incite !) mais despotique gestion. Il fait disparaître l'exposition à la douleur de l'expérience d'altérité des sujets au profit de la productivité et de la gestion appliquée à tous les domaines de la vie. Dans cette perspective, l'exploitation contemporaine n'est plus une aliénation mais une auto-optimisation : *je m'exploite volontairement, dans la croyance que je me réalise* [5]. En effet, *via* le droit commercial (définition très pauvre de la transaction), nous n'avons de cesse d'avoir à faire, sur les plateformes numériques, la part entre le sujet que nous sommes (le moi analogique) et notre double virtuel (le moi numérique), ce dernier étant constitué de toute la somme des oui que nous avons formulés, comme en passant et dans la lassitude du consentement, lorsque par notification ou par cookies, nous n'avons cessé de dire « accepter » et ainsi formellement consentir, même si existentiellement il n'en était rien. On peut même se demander si, là, ne se glisse pas la figure extrêmement inquiétante d'un « consentement meurtrier » [6], c'est-à-dire d'un consentement, actif ou passif, à une violence ou une cruauté qu'on condamnerait ici mais qu'on laisse advenir ailleurs ou autrement – imaginons nous seulement l'impact de notre oui lasse devant telle situation où notre acceptation est requise ? En effet, quel devenir de la liberté, lorsque l'intelligence artificielle en vient à mieux savoir que nous ce que nous sommes *via* tous ces consentements dont elle garde la trace fiable (cette caricature de la confiance) qui donnent le portrait-robot étrangement ressemblant de notre être en réseau. Cela révèle, tant refuser fatigue et exige une forme de résistance, que le monde fluide du numérique ne goûte guère le refus de consentement, le rendant pour cela indolore, insensible, apparemment sans impact.

4. M. Hunyadi *La tyrannie des modes de vie. Sur le paradoxe moral de notre temps*, Le bord de l'eau, 2014.
5. Byung-Chul Han, *L'expulsion de l'autre. Société, perception et communication contemporaines*, trad. O. Mannoni, PUF, 2020, p. 65.
6. M. Crépon, *Le consentement meurtrier*, Cerf, Collection passages, 2012.

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

La trivialité du oui prend une dimension beaucoup plus solennelle lorsqu'il faudra s'assurer qu'il a bien été prononcé librement ; et une dimension dramatique lorsqu'il a été extorqué, instaurant un trouble dans le consentement.

Dans les sociétés libérales, ou chacun est reconnu sujet de droit, autonome et rationnel, le consentement et son obtention apparaissent comme étant au fondement de tous les contrats et de toutes les transactions sociales. L'obtenir ferait partie de la belle épopée de l'émancipation qui, depuis les Lumières, lutte contre les distorsions relationnelles bafouant l'autonomie. On se préserverait de l'autorité tutélaire et de la domination, voire de la soumission à l'autorité et des abus de pouvoir paternaliste, par le rempart du consentement. Incontestablement, exiger l'obtention d'un consentement est un acquis éthique et juridique, une conquête politique de protections des libertés. Mais se contenter d'une approche transitive du consentement (faire comme si on consentait à une réalité extérieure à soi) occulte le fait que lorsque nous consentons nous ne sommes pas *devant* une situation à laquelle consentir comme devant un contexte objectivable dans la neutralité de ses descriptions scientifiques mais *par* cette situation. Nous sommes par cette situation comme un milieu de vie investi d'enjeux et de significations vitales, rendant alors les enjeux plus existentiels mais aussi plus troubles. À cet endroit, un doute s'insinue. L'obtention du consentement est-il un rempart contre les abus d'autorité ou bien un alibi ? Une conception très formelle et contractuelle du consentement n'occulte-t-elle pas le travail du consentir qui le rend possible ou l'empêche, lequel mobilise, outre des raisons, des émotions, un travail de compréhension et d'acceptation émotionnel ? De telles questions apparaissent manifestes, et manifestement tragiques, dans deux situations. Là où cette conception contractuelle, et finalement formelle du consentement, est exigée comme garantie des libertés lors même qu'elle est mise à mal, voire très vite débordée : le consentement en régime d'intimité que mobilisent la médecine et la sexualité. Mais elles ne doivent pas occulter que le consentement ordinaire et engagé dans la majorité de nos transactions qui nous attachent au monde, comme le numérique le rend manifeste.

Dans le cadre médical, d'une part, le consentement éclairé du patient est attendu et exigé comme une forme contractuelle. Elle est la garante *a priori* contre tout abus de pouvoir en raison d'une médecine qui pour soigner doit violenter sans pour autant être délinquante. C'est là la revanche de l'autonomie sur le paternalisme médical [7]. Mais très vite ce cadre juridique nécessaire s'avère éthiquement discutable tant l'obtention d'un

7. À titre d'exemple, contre le paternalisme médical, la loi de 2002 sur les droits des malades a consacré, sur le plan anthropologique, le primat du principe d'autonomie avec comme objectif noble et conforme à la philosophie des Lumières de faire de tout citoyen malade, un sujet majeur, autonome, avec lequel l'équipe de soins doit développer un partenariat en l'informant de « manière claire, loyale et appropriée » pour qu'il puisse consentir ou refuser son consentement de « manière libre, expresse (c'est-à-dire explicite) et éclairée ». Articles L. 1111-4 du Code de la Santé publique et article 36 du Code de déontologie médicale.

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

consentement éclairé bute sur des difficultés épistémologiques que l'on songe à l'abyssale exigence en quoi consiste l'éclairage en question dans les contextes de très grande incertitude sur les savoirs médicaux ; ou à la non moins abyssale requête éthique d'un consentir, concentré ponctuellement sur l'instant de la signature d'un formulaire d'acceptation. Tout cela néglige ou occulte le processus affectif et existentiel, en un mot « éthique », par lequel un consentement s'obtient et se mûrit ; et obère le pacte de confiance mutuelle entre soignant et soigné qui soutient le cadre juridique. Le temps du consentir ne se superpose pas mécaniquement sur le temps du contracter. ….Sur le refus de consentement, le débat est renouvelé aujourd'hui avec les questions de fin de vie. Dans le cas des personnes vulnérables, les problèmes deviennent complexes, notamment pour les majeurs sous tutelle : par exemple, si le majeur refuse un traitement mais que le tuteur accepte, comment fait-on ? Doit-on imposer à la personne un soin sans qu'il y consente même si on a obtenu le consentement légal ?

D'autre part, en matière de mœurs, dans l'intimité des corps et de la vie sexuelle, on mesure également combien la seule définition contractuelle du consentement, si elle est nécessaire et décisive, a du mal à embrasser tous les enjeux qu'il active. Le droit contractuel en sa publicité n'est pas le dernier mot des « contrats » ou des pactes qui s'engagent dans l'intimité. Sans doute est-ce pourquoi il importe de bien distinguer entre le consentir comme processus de mise en travail de l'identité personnelle dans les relations qu'elle entretient avec les autres et l'expression du consentement qui est la pointe émergée, dans l'instant, qui rend visible ce processus invisible. L'intimité familiale, conjugale, voire amicale ne donne-t-elle pas au consentement des expressions et une dynamique propre ? En effet, cette dimension de l'intime mobilise un être-ensemble particulier ; ce n'est pas le nous de l'espace public ou commercial. Il tend à abolir les défenses intersubjectives au profit d'un *nous*, d'un *entre-nous* qui scelle une confiance. Mais cet être en prise peut se caricaturer, donner lieu à une emprise. L'intimité, comme ambiance relationnelle absorbe, pardonne, voire compense les tensions, dans des équilibres difficilement dicibles socialement. Ils portent une ouverture du temps sur l'avenir dont l'emprise peut infléchir le sens : en faire captivité, empêchant les victimes de se défendre. Comme le dit Georges Charbonneau, psychiatre expert, « *Le contrat du consentement en matière d'intime est-il un contrat au sens libéral du terme, qui peut être entièrement explicité ? Non sans doute. Le « oui » ou le « non » qui le scelle ne peut pas se dire en deux mots. Comme tous les accords affectifs, ils recèlent d'une richesse de conditionnalité et de projections, comme ces « Oui à condition que… », etc., qui ne sont pas opposables. Les arguments qu'ils utilisent n'appartiennent pas à la chose publique* ». On entre alors dans une zone trouble, marquée par le risque d'abus d'autorité et de confiance ou celui de la domination.

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

Qu'il s'agisse du consentement des mineurs engageant la responsabilité d'adultes ignorant parfois l'hétéronomie qui oblige ou qu'il s'agisse de relations entre adultes sur fond de domination masculine, ces deux figures manifestent un régime singulier de consentement dans l'intimité. Comment décrire cette dimension intime ? On peut alors, pour parvenir à le décrire, l'expliciter, voire l'objectiver, sur le mode de l'explicitation scientifique experte, propre à la médecine légale, en venir à des descriptions très prosaïques, voire très crues. Elles donnent l'impression d'exhiber et de mettre au grand jour, dans le registre de la factualité en sa positivité, s'il y a bien eu consentement. *D'abord, nommer les faits. Dès qu'il y a pénétration, il y a viol. (…) puis vient la question du consentement ; faut placer le curseur. Ça devient rapidement social, un viol. Je vous choque ? Moi je le dis toujours à mes clientes : la partie adverse va traquer chaque détail de votre vie. Vous avez bu ? Vous avez dîné, dansé avec votre agresseur ? Vous l'avez rencontré sur Internet ? Ils finiront par conclure : elle l'a bien cherché* [8]. La force de la littérature est d'être le rendu sensible en quoi consiste cette effraction de la sphère intime par l'expertise scientifique lorsque le judiciaire, en son formalisme froid, l'exhibe pour pouvoir évaluer et juger. Elle met par là même au jour cette autre violence qui voit une société autoriser certaines pratiques ou ne pas s'en offusquer.

On comprendra aussi pourquoi, *a contrario*, on peut décrire le travail intérieur du consentement comme une modalité du comprendre, au sens d'une herméneutique de soi. Comment faire sienne, comprendre une proposition de sens que nous n'avions pas projetée, qui n'est la nôtre et qu'on nous propose voire impose dans la surprise et la sidération – ex. le viol par surprise – ? ; comment faire avec la temporalité du consentement : comprendre ce qui s'engage au présent de la situation n'est pas comprendre ce que j'en ai compris *a posteriori*, expérience faite ? Ce sera là, ce à quoi se rend attentive l'expertise psychiatrique mais aussi, sur un mode poétique qui n'a rien de mièvre, la littérature [9].

« Le contrat du consentement en matière d'intime est-il un contrat au sens libéral du terme, qui peut être entièrement explicité ? Non sans doute. Le "oui" ou le "non" qui le scelle ne peut pas se dire en deux mots. Comme tous les accords affectifs, ils recèlent d'une richesse de conditionnalité et de projections, comme ces "Oui à condition que…", etc., qui ne sont pas opposables. Les arguments qu'ils utilisent n'appartiennent pas à la chose publique. »

La littérature n'apporte-t-elle pas à ce mal dans la relation qu'est le viol du consentement sa réplique, non pas explicative à la manière d'une psychologie du consentement, ni non plus pratique dans le style de ce que fait l'éthique ou la sanction du droit, mais sur le mode du sentir ? Mettre des mots sur les

8. K. Tuil, *Les choses humaines*, Gallimard/Folio, 2019, p. 193.
9. Voir V. Springora, *Le consentement*, Roman, Grasset, 2020 relatif à l'affaire d'abus sur mineur de Matzneff ; ou bien K. Tuil, *Les choses humaines*, Gallimard/Folio, 2019 concernant le viol.

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)

maux fait sortir de la sidération, et de la déconsidération qui accompagnent souvent l'épreuve des méprisés en leur consentir le plus profond. La littérature [10], en explorant aujourd'hui le chemin trouble du consentement par une poétique de l'effroi, la construction de l'intrigue et la partialité des images, manifeste cette capacité à suivre, *via* la forme nuancée et qualitative des images, la réalité vivante du consentir. Sa force d'interpellation ne rend-elle pas poétiquement audible ce qui n'est pas, sans honte, publiquement dicible ou soutenable ?

10. Voir dans ce numéro, à la rubrique « Lire, Voir, Entendre », l'article de D. Salas, p. 705.

© Dalloz | Téléchargé le 10/02/2022 sur www.cairn.info via INIST-CNRS (IP: 193.54.110.56)